

# O ESTADO ADJETIVADO E A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO<sup>1</sup>

*Joaquim José Gomes Canotilho\**

---

\* Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

<sup>1</sup> O presente trabalho representa a versão escrita de palestra sobre o mesmo tema proferida no dia 18.10.2002, na Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre, no âmbito de evento promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da mesma Universidade, Escola Superior da Magistratura do RS (AJURIS), Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP), Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), com apoio, entre outras instituições, da Procuradoria-Geral do Estado do RS.

### À guisa de introito: bater nas palavras

Todos conhecem a cena do estudante no gabinete de trabalho de **Fausto** de Goethe. O estudante pede a um disfarçado Mefistófeles indicações sábias quanto à escolha de Faculdade. Como o estudante não se entendia com a Jurisprudência, estava a ponto de escolher Teologia. Mefistófeles não o queria induzir em erro “Se às palavras vos aterdes, no geral, entraríeis pelo mais seguro portal/ das certezas no santuário perfeito”. Seguem-se as falas:

Estudante:

Mas a palavra há-de ter seu conceito

Mefistófeles:

Pois sim, mas um homem não se atrapalha,

Justamente quando o conceito falha,

Aí vem a palavra dar um jeito

Disputa-se com palavras apenas,

Com palavras se constroem sistemas,

Nada a fé nas palavras derrota

A uma palavra não se rouba nem um jota<sup>2</sup>

O estudante acabou por ficar deslumbrado com a Medicina. Mefistófeles aconselha:

“Cinzento amigo, é toda a teoria

E verde a árvore de ... da vida”

Infelizmente, nós ficámos com a Jurisprudência, com as palavras, com as teorias. Não resta outra alternativa. Perante um auditório que fala a mesma língua, a proposta é esta: batamos nas palavras!

§ 1º

#### O Estado com adjectivos

#### Constituição com adjectivos

Basta um breve relance de olhos pela vasta literatura jurídica, política e económica relacionada com o Estado para verificarmos esta intriga: o Esta-

---

<sup>2</sup> Johann W. Goethe, **Fausto**, tradução de João Barrento, Relógio d'Água Editores, Lisboa, 1999, p. 114.

do não está só. Tem sempre o acompanhamento de adjetivos. À guisa de um curto inventário, apresentamos algumas adjectivações: “estado subsidiário”, “estado sobrecarregado”, “estado dispensador de serviços”, “estado activo”, “estado económico”, “estado-arena”, “estado desobediente”, “estado aberto”, “estado cooperativo”, “estado protector”, “estado garantidor”, “estado desfronzeirizado”, “estado internacional”, “estado cosmopolítico”, “estado ponderador”, “estado cooperativo”, “estado ecológico”, “estado argumento”, etc.. Pela lista assim esboçada, poderemos ver que nem sequer a sobrecarregámos com adjetivos tradicionais, como “estado de direito”, “estado democrático”, “estado autoritário”, “estado social”, “estado liberal”, “estado intervencionista”, “estado socialista”, “estado unitário”, “estado regional”, “estado federal”, “estado republicano”, “estado nação”.

Quando vemos o Estado cercado de adjetivos, talvez se possa dizer o que Carl Schmitt afirmou acerca da Constituição. Mais ou menos isto: um Estado carecedor de adjetivos indicia um claro mal-estar do próprio Estado. Parece não ter substância. Apela a algumas qualidades. É tudo e nada. É uma fórmula *passepourtout*. Não tem ADN. Precisa de impressões. Já não é grito de batalha. É um argumento. De categoria política passa a **topos** argumentativo. Será assim? Ousemos fazer uma provocação: diz-me o adjetivo do Estado e eu dir-te-ei que estado tens ou queres. Eis o mote, eis o argumento, eis a ponderação que nos acompanhará nos desenvolvimentos subsequentes.

O que acaba de ser dito em relação ao Estado talvez possa também afirmar-se a respeito da Constituição. Vejamos: “constituição potável”, “constituição culinária”, “constituição programa”, “constituição-carta”, “constituição fechada”, “constituição-código”, “constituição dirigente”, “constituição compromissória”, “constituição-cidadã”, “constituição-processo”,

*Prima facie*, também a Constituição anda à procura de qualidades. No começo não está o verbo, mas sim o adjetivo. A Constituição em si não diz nada. Precisa de um arrimo qualificativo. Tal como o Estado. Ousaremos fazer uma segunda sugestão retórica: juntemos constituição e estado para ver se se amparam uma ao outro. Talvez os adjetivos do Estado façam luz sobre as qualidades da Constituição, talvez os qualificativos de constituição adiantem alguma coisa sobre os atributos do Estado.

## § 2º

### Tanto Estado quanto a Constituição

Vamos discutir alguns problemas da Constituição a partir do Estado. É certo que a doutrina dominante, hoje, versa o Estado a partir de uma Constituição democraticamente legitimada. A fórmula de Peter Häberle é sistematicamente repetida: “tanto Estado quanta a Constituição”<sup>3</sup>. “Tal Constituição, tal Estado”, o “Estado segundo a Constituição”, eis a postura jurídico-política e jurídico-

---

<sup>3</sup> Cfr. P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2º ed., Berlin, 1998, p. 620. Por último, cfr. K. Sobota, *Der Prinzip Rechtsstaat*, 1997, p. 30 ss.

metodológica que se considera adequada ao Estado Constitucional. Também a iremos utilizar neste trabalho, desde logo porque é a partir da identidade Constituição-Estado que uma parte da doutrina brasileira critica a nossas teses de relativização do dirigismo constitucional<sup>4</sup>. Embora nem sempre expressamente formuladas, as críticas parecem subentender as seguintes ilações:

- (1) – dizer que a Constituição dirigente morreu significa afirmar que morreu o Estado dirigente (“o Estado Social”, “o Estado intervencionista”);
- (2) afirmar que a Constituição dirigente morreu equivale a dizer que o Estado fica sem programa económico e social (o que equivale à dessubstancialização do próprio Estado);
- (3) proclamar a morte da Constituição dirigente implica proclamar a morte dos estados nacionais concretamente conformados por essa constituição a favor de “constelações pós-nacionais” (um estado, um povo);
- (4) abandonar a ideia de Constituição dirigente é abandonar a ideia moderna da conformação de política, do desenvolvimento e dos direitos em troca de um evolutivismo – conservadorismo sistémico-liberal;
- (5) sepultar a força dirigente de uma constituição feita a partir de ideias – esperança, sacrifícios – emancipadores, gritos de alma – justiça, corresponde a lançar para debaixo da terra as conquistas civilizatórias “do Estado de Direito democrático e social”;
- (6) desertar de uma teoria da Constituição dirigente implica o abandono de uma teoria da constituição adequada aos países da modernidade tardia (“com promessas de modernidade incumprida”);
- (7) trocar o dirigismo normativo-constitucional por um regulativismo privatista neoliberal conduz ao abandono de políticas públicas e da respectiva implementação;
- (8) se a constituição dirigente é uma constituição afeiçoada às “especificidades histórico-factuais de cada Estado Nacional”, isso significa que ela é também o símbolo de um “patriotismo nacional-constitucional” que está antes e sobre a constitucionalismo cosmopolita e transnacional.

A associação de Estado e Constituição, Constituição e Estado, é, de resto, claramente afirmada pelos nossos interlocutores brasileiros. Lenio Luís Streck, na peugada de outros autores, afirma isso com incisividade: “uma tal teoria de cons-

---

<sup>4</sup> Cfr., por último, a notável tese de Lenio Luís Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Porto Alegre, 2002, p. 122 ss., em que analisa o chamado “Canotilho II”.

tuição dirigente não prescinde de uma teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade da implantação de políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição”<sup>5</sup>.

### § 3º

#### Representações do Estado e da Constituição

Como conversar com os parceiros de diálogo brasileiros? O primeiro ponto de ordem terá, em minha opinião, de ser colocado da seguinte forma: quais as representações ou imagens do Estado e da Constituição que transportamos para a controvérsia? E quais as funções, explícita ou implicitamente acopladas a essas representações? O esclarecimento prévio deste ponto servirá, desde logo, para afastar alguns mal entendidos.

As “imagens” e representações do Estado e da Constituição são, como sabemos, “construções intelectuais” e não “descrições da realidade”<sup>6</sup>. Devidamente contextualizadas, elas transportam, desde logo, um ímpeto político-ideológico particularmente forte. No caso concreto do Brasil, a dimensão política da “constituição dirigente” tem uma força sugestiva relevante quando associada à ideia de estatalidade que, em princípio, se supõe lhe estar imanente. Referimo-nos a estatalidade articulada com o projecto da modernidade política. Este projecto, sucessivamente implementado, respondeu a três violências (“triângulo dialéctico”), através da categoria político-estatal. Respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de direito contra a violência física e o arbítrio). Deu resposta à desigualdade política alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático). Combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade. A “constituição dirigente” permanecia o suporte normativo do desenvolvimento deste projecto de modernidade. Ora, quando alguns estados ainda não resolveram o combate às três violências – física, política e social – não se compreende nem o eclipse do Estado de direito, democrático e social nem a dissolução da sua valência normativa (o constitucionalismo dirigente, democrático e social). Colocada assim a questão, compreendemos as angústias dos autores de países de “modernidade tardia”. A constituição dirigente desempenhará uma função de compreensão incontornável relativamente às **tarefas do Estado** (“Estado Social”, Estado ecológico”, “Estado de saber”). Mas não só. Recortam-se, igualmente, os **instrumentos** (e os métodos!) para a prossecução destas tarefas (políticas públicas de ensino, trabalho, saúde, segurança social)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Assim, textualmente, Lenio Luís Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, cit., pag. 113.

<sup>6</sup> Seguimos H. Munkler, *Politische Bilder, Politik der Metaphern*, 1994, p. 34.

<sup>7</sup> Veja-se, por exemplo, a Vosskuhle, “Der Dienstleistungsstaat”, in *Der Staat*, p. 504.

A síntese política-constitucional da modernidade que acaba de ser feita em brevíssimas palavras é indispensável à compreensão da concordância na discordância com alguns interlocutores brasileiros. Poderemos continuar a afivelar a máscara do cidadão da modernidade e a defender a bondade material do seu projecto.

#### § 4º

#### Constituição dirigente e patriotismo constitucional

Tomando na devida conta as críticas devidas ao abandono da teoria da constituição dirigente, parece-nos vislumbrar em algumas delas alguns laivos de **nacionalismo republicano de esquerda** e de **patriotismo constitucional**. Pelo menos na sua visão francesa, os nacionais-republicanos recusam as “constelações pós-nacionais”, verberam o republicanismo cosmopolita, exaltam as comunidades existentes (por exemplo, a nação historicamente forjada), desconfiam de categorias políticas intelectuais, frias e abstractas (ex.: a democracia processual). Recolhendo uma formulação de N. Luhmann (mas feita noutro contexto), os estados e as nações têm a vantagem imbatível de terem nome como as pessoas<sup>8</sup>. É nesta onda que navega o corifeu dos republicanos de esquerda, Jean Pierre Chevènement “Si la France est une personne, L’Europe celle, n’est qu’une chose”.

Relativamente ao patriotismo constitucional, diríamos que ele pressupõe, antes de mais, o **patriotismo jurídico**<sup>9</sup>. Mais do que um patriotismo geográfico impõe-se o patriotismo traduzido na outorga de personalidade jurídica a uma nação conferida pela Constituição Política.

A diferença entre as nossas posições e algumas apreciações críticas radica na diferença que vai do patriotismo jurídico ao **patriotismo constitucional**. Este vai além do reconhecimento de uma identidade nacional. Há outros sujeitos, diferentes dos cidadãos nacionais, como os indivíduos, os grupos e as nações dentro de outras comunidades mais vastas, capazes de dar corpo a um estado cosmopolítico integrado em constelações políticas pós-nacionais. Radica, como se intui, aqui um fragmento de dissenso. Vejamos porquê.

Em primeiro lugar, o republicanismo jurídico de esquerda é um republicanismo histórico com laivos comunitaristas. Ora, não obstante a existência de diferentes perspectivas comunitaristas<sup>10</sup>, parece razoável descobrir um deno-

---

<sup>8</sup> Cfr. N. Luhmann “Staat und Staatsräson im Übergang von traditioneller Herrschaft zu modernes Politik”, in *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 1989, Vol. III, p. 346.

<sup>9</sup> Tal como C. Nicolet, *L’idée républicaine en France (1789-1924)*, Paris, 1982. Por último, ver Jean-Marc Ferry, *La Question de l’Etat Européen*, Paris, 2000, p. 161 ss..

<sup>10</sup> Cfr. W. Brugger, “Kommunitarismus als Verfassungstheorie der Grundgesetz” in AöR, 123 (1998), p. 338 ss:

minador comum a todos elas. Estamos a pensar na tendencial justaposição de comunidade moral e de comunidade legal. Isto leva a consequências teórico-constitucionais que estamos longe de sufragar. Implícita ou explicitamente, o Estado e a Constituição pressupõem uma **melhor teoria da Constituição** aferida segundo padrões de complexidade moral<sup>11</sup>. A “Constituição dirigente” não é a melhor teoria da Constituição de uma comunidade assente numa imposição de valores, mais ou menos comunitariamente partilhados. É uma proposta de conformação normativa da política; não é um código moral do “bem” e do “mal” de uma comunidade. Dirigismo constitucional e demonologia constitucional não se casam bem.

Em segundo lugar, a Constituição dirigente não afasta a ideia liberal e kantiana do republicanismo constitucional cosmopolita. Por outras palavras: à versão do republicanismo comunitarista preferimos a versão kantiana. Não deixamos, porém, de compreender algumas posições críticas, como a do Professor Paulo Bonavides<sup>12</sup>, em torno de uma “Constituição dirigente cidadã”. O decidido assomo republicano da “virtude cívica” leva-o a comungar com algumas teses de comunitarismo republicano, excelentemente sintetizados por J. G. A. Pocock, na nota prévia à edição francesa do **Le Moment Machiavélien**<sup>13</sup>: «Ceux qui invoquent aujourd’hui cette modernité sont les chantres du post-modernisme, c’est à dire de cette forme de la perte de la citoyenneté qui nous affecte aujourd’hui à mesure que la Souveraineté et la nation disparaissent sous le régime polymorphe du marché ».

## § 5º

### Teoria da Constituição

#### e

### Teoria do Estado Economicizado

Outro dos pontos em discussão na teoria da constituição dirigente liga-se à socialidade estatal. O “dirigismo constitucional” pressupõe um Estado Social, com políticas políticas e um severo caderno de imposições económicas, sociais e culturais. Daí que o abandono da teoria da constituição dirigente signifique para muitos o desaparecimento do Estado socialmente programador.

Os receios seriam justificados perante as inúmeras sugestões de transformação das estruturas internas do Estado. Todas elas apontam para a necessidade de um Estado mais “elegante” e mais conforme com o mercado. Fala-se (e

---

<sup>11</sup> Veja-se, por exemplo, “Ulrich Haltern, Kommunitarismus und Grundgesetz. Überlegungen zu neueren Entwicklungen in der deutschen Verfassungstheorie” in *Kritik*, 2/2000, p. 177.

<sup>12</sup> Cfr. Paulo Bonavides “Garcia-Pelayo e o Estado Social dos Países em Desenvolvimento: o caso do Brasil”, in *Constitucion y Constitucionalismo Hoy*, Caracas, 2000.

<sup>13</sup> Cfr. J.G.A. Pocock, *Le Moment Machiavélien*, Paris, 1997, p. LVII.

teoriza-se a este propósito) de um “estado economizado” e de um “estado dispensador de serviços”<sup>14</sup>. Como o próprio adjetivo insinua o “estado economizado” é um “estado economizador” segundo os paradigmas de racionalidade económico-privada. O Estado Social deve sujeitar-se a uma terapia adequada. Há que substituir, em primeiro lugar, o *big government* do estado de bem estar por um estado “reduzido” e “elegante”. Para isso ser possível, os inúmeros serviços e administração estatais, caros e insuficientes, devem ser substituídos por esquemas privados empresariais. Mas mais do que isso. Os próprios instrumentos de direcção e organização económico-privados revelam operacionalidade suficiente para serem introduzidos na máquina estatal.

O chamado *New-public-management* será a via para a modernização do estado e da respectiva reforma da administração. Esta modernização do Estado implicará a “desconstrução” do sector público estatal. Num plano macroeconómico, a viragem “economizadora” aponta para uma clara mudança na compreensão do Estado. Desde logo, a nível simbólico. O “Estado Social” é um “mito”, um “feitiço”, uma “bruxaria” que deixou de manipular artes mágicas capazes de o fazer sair da bancarrota e da ineficiência. Estado “desmistificado” e “desfeiticizado”<sup>15</sup>.

A “desmistificação” do Estado Social, mais do que o desfazer de mitos, significa uma decidida mudança de **paradigmas**. O paradigma jurídico-político, ainda hoje dominante na maior parte das análises e compreensões do Estado, deverá ser substituído pelo paradigma económico, hoje dominante nas teorias económicas mas insuficientemente testado no domínio da teoria do Estado<sup>16</sup>. No plano de análise microeconómica, o paradigma económico obrigará a uma revolução da organização interna da administração pública através de esquemas de *management* e orçamentação privados. Numa palavra, o “código económico” imporá a revogação do “código constitucional”. Não estado máximo mas “estado mínimo”, não “dirigismo estatal” mas apenas “supervisão”, não voluntarismo político mas racionalidade económico-decisória, não retórica política mas resolução económica de problemas concretos.

O desafio vai mesmo mais longe e chega mesmo à questão central da justificação do **Estado** e da **Constituição**. O regresso às doutrinas de justificação contratualista desafia as categorias centrais de Estado e de Constituição. Com efeito, a fundamentação e justificação das regras directivas tal como ela é desenvolvida pela economia político-constitucional parece apontar para a superação

---

<sup>14</sup> Cfr. M. Wallerath, “Der Ökonomisierte Staat” in *Juristenzeitung*, 2001, p. 209 ss; A. Vosskuhle, “Der Dienstleistungsstaat”, in *Der Staat*, 2001, p.495 ss.

<sup>15</sup> Traduzimos, um pouco literalmente, o título do conhecido livro de Helmut Wilke: *Die Entzauberung des Staates*, 1983.

<sup>16</sup> É significativo que M. Wallerath, “Der Ökonomisierte Staat”, cit., faça acompanhar o título do artigo por um subtítulo: “Zum Wettstreit zwischen juristisch-politischen und ökonomischen Paradigma” (Para a discussão entre paradigmas jurídico-político e económico).



quer da “mistificação do Estado” quer da “sacralização de Constituição”<sup>17</sup>. Se o Estado se “deseconomiciza” o sucesso acontecerá à sua Constituição. Em crise ficarão os tipos de Constituição com mais carga económica, ou seja, as Constituições programáticas dirigentes. Chegados aqui, há quem proclame a morte do “Estado Social” e da “Constituição Social”. Aquele e esta significam a intromissão em sistemas autónomos. Pretendem “irritar” sistemas com operacionalidades diferentes, e, por isso, revelam-se hoje claramente disfuncionais no contexto “policontextual” de diferenciação de Sistemas. Mais adiante tornaremos posição crítica quanto a este ponto. Mas se o “Estado Social” e a “Constituição Social” passam, que Estado e Constituição ficam? Estado “pós-heróico”? “Constituição pós-heróica”? Vejamos.

## § 6º

### Estado Supervisor e Constituição pós-heróica

Outra das interrogações subjacentes à degradação da constituição dirigente em constituição dirigida pode formular-se assim: se a Constituição entendida como valência normativa do Estado intervencionista não dirige, quem é que afinal dirige a sociedade? Alguns dos nossos críticos vêm na relativização do dirigismo constitucional uma manifestação do pessimismo dirigente inequivocamente vinculado às teses autopoiéticas. Apreciemos esta objecção.

Em que é que consiste a direcção em política? Em termos próximos dos utilizados pelos cultores da ciência política amigos de uma perspectiva accionista (“perspectiva de actor”), direcção política é a conformação concepcionalmente orientada do mundo ambiente social através de instâncias políticas<sup>18</sup>. Um tal conceito (e uma tal possibilidade de direcção política) é decididamente rejeitada pelos autores localizando nos quadrantes teóricos da autopoiesis, a começar por Luhmann. A tese, em termos simplificados, poderá formular-se assim: não existe direcção política da sociedade, mas apenas, e quando muito, uma autodirecção da política. Em termos apodícticos, proclama-se, pois, a impossibilidade de uma direcção política, sobretudo quando ela se concebe como uma conformação finalista e planificável da sociedade.

Mesmo que alguns dos postulados autopoiéticos mereçam atenção séria, estamos aqui decididamente afastados do pessimismo directivo luhmanniano. Mesmo nos quadrantes teóricos da **autopoiesis**, claramente se compreendeu que uma sociedade funcionalmente diferenciada é também uma **sociedade de or-**

---

<sup>17</sup> Ver a análise de H. Hofmann, «Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung ? », in *Juristenzeitung*, 1999, p. 1069.

<sup>18</sup> Cfr., por exemplo, Renate Mayntz, “Funktionelle Teilsystem in der Theorie soziales Differenzierung”, in Bernd Rosewitz, Uwe Schimark, Rudolf Stichweh, *Differenzierung und Ver selbstständigung. Zur Entwicklung gesellschaftlicher Teil*, Frankfurt, New York, 1997; “Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsproblem”, in *Jahrbuch zur Staats-und Verwaltungswissenschaft*, Vol. I, 1997, p. 89 ss.

**ganização e das organizações.** Ora, as organizações actuam como actores corporativos. O pessoal dirigente de tais organizações ou sistemas corporativos age como se fosse representante desses sistemas. Mas não só. De forma aguda e incisiva, Helmut Wilke, assinalou que o sistema político deve contribuir para a sua autodirecção e para o reforço da capacidade reflexiva dos sistemas sociais. Neste contexto, mantêm-se as pretensões de direcção do Estado. Mas com uma grande diferença: em vez do velho “estado heróico”, hierarquicamente intervencionista deve erguer-se o Estado pós-heróico” – o Estado supervisor – que, através de uma direcção contextualizada (ou seja, através de uma autovinculação ...), proporciona mas não determina as convenções quadro para a prossecução do bem comum<sup>19</sup>.

Mesmo nesta perspectiva, é de perguntar se a definição do bem comum mediante uma direcção contextualizada assente na interacção de sistemas funcionais diferenciados, não continua a tomar como ponto de partida a ideia autopiética de que o sistema político só tem ressonância nas ondas da sua própria frequência. É que, se a diferenciação de sistemas está ainda insuficientemente desenvolvida, como erguer a sujeito de direcção a “interacção de sistemas”?

No fundo, a interacionalidade das organizações dinamiza a autoreferencialidade dos sistemas, mas acaba por criar também um sujeito típico do idealismo objectivista. Se estas considerações estão correctas, então a “Constituição Dirigente” dificilmente se transformará em “Constituição pós-heróica” seguindo o destino do “Estado pós-heróico ou supervisor”. Desde logo, como se irá ver em seguida, há que ter em conta a politicização **fundamental da sociedade**.

## § 7º

### **Diferenciação do político e politicização fundamental da sociedade**

É difícil sustentar teorias autoritárias num contexto como o brasileiro, em que parece observar-se aquilo a que Michael Grewen, na senda de Ulrich Beck, chamou recentemente **sociedade política**<sup>20</sup>. Esta sociedade caracterizar-se-ia por uma **politicização fundamental**, em que a política é o mecanismo central da autoregulação da sociedade e em que tudo, por via de princípio, é susceptível de decisão política. Não há tema nem domínio da Sociedade imune à politicização, à decisão política. Vivemos numa **sociedade política**. Há cerca de dez anos, um conhecido politólogo, Klaus Von Beyme, crismou esta concepção de socieda-

---

<sup>19</sup> Vide, por último, Helmut Wilke, *Supervision des Staates*, Frankfurt – M, 1997.

<sup>20</sup> Cfr. Th. Michael Grewen, *Die politische Gesellschaft Kontingenz und Decision als Problem des Regieren d der Demokratie*, Opladen, 1999; U. Beck, *Die Erfindung des Politischen. Zu einer Theorie reflexiver Modernisierung*, Frankfurt/M, 1993.

de política e de inerente politicização fundamental de “schmittianismo de esquerda”<sup>21</sup>.

A “politicização fundamental” da sociedade política defronta-se, porém, com outras pretensões de fundamentalidade. Desde logo, **economicização fundamental**, pois mais do que nunca a sociedade esteve tão economicizada. Tudo é economia, tudo é dinheiro, tudo é mercado, tudo é cliente. Mas não só. Tudo é ciência. Assiste-se à **cientificização fundamental**. E assim sucessivamente: **mediatização fundamental**, **pedagogização fundamental**, ... **fundamental**, **religiosização fundamental**<sup>22</sup>. Circunscrevendo-nos ao nosso tema, avançaríamos com a **constitucionalização fundamental**.

Chegados aqui, o problema a colocar é este: a estrutura das sociedades modernas (e pós-modernas) é melhor captada por uma **teoria da diferenciação** de sistemas sociais em que cada sistema funcional é tendencialmente autônomo ou por uma **teoria de indeferenciação** assente numa ordem politicamente captada? Como se sabe, a resposta autopoiética (na versão luhmanniana) é esta: a política só pode resolver problemas políticos. O sistema político não pode encontrar soluções políticas para problemas que não são políticos, mas sim económicos, científicos, religiosos, etc.. Basta uma suspensão reflexiva em torno das constituições programáticas dirigentes dos nossos estados constitucionais democráticos para verificarmos que o dirigismo programático pressupõe, de certo modo, uma **constitucionalização fundamental** da sociedade. Os problemas económicos, sociais, científicos são, simultaneamente, problemas constitucionais susceptíveis de conformação e resolução através de decisões político-constitucionais vinculativas tomadas pelo poder político. Eis o nó górdio da questão. Confessamos que não o podemos desatar com facilidade. Em primeiro lugar, a constitucionalização fundamental subjacente à ideia de constitucionalização programático-dirigente transporta duas dimensões onde se juntam “bondades” e “maldades” jurídicas e político-constitucionais: (1) a crença na política é uma fé (boa) na capacidade de transformação – evolução da sociedade, mas corre o risco de se converter numa ocupação totalizante (má) da sociedade pela política; (2) a reabilitação da política da sociedade veiculada pela constitucionalização fundamental abre a possibilidade de intensificação da cidadania através da participação política (bondade), mas o activismo dos actores políticos não significa necessariamente a capacidade de solução concreta dos problemas económicos e sociais, correndo-se o risco de os “buracos negros” da miséria serem cada vez maiores (maldade) apesar da movimentação política.

Em segundo lugar, o Estado constitucional ocidental alicerçou, ele próprio, progressivamente as premissas da diferenciação funcional dos sistemas sociais. O “direito mãe” (tolerância religiosa, primeiro, e liberdade de crença e religião, depois) diferenciou o sistema político do sistema religioso (separação do

---

<sup>21</sup> Vide Klaus von Beyme, *Theorie der Politik im 20 Jahrhundert. Von der Moderne zur Postmoderne*, Frankfurt/M, 1991, p. 392.

<sup>22</sup> Estas fundamentalizações são exactamente escarpelizadas por Arin Nassekhi, “Funktionale Differenzierung revisited. Vom Setzkasten zur Echtzeitmaschine”, in Eva Barlösius, Hans-Peter Müller, Steffen Sigmund (org.), *Gesellschaftsbilder im Umbruch*, Opladen, 2001.

Estado e da Igreja). A separação entre “Estado – Sociedade” contribuiu para a diferenciação do sistema político e do sistema económico. A própria constitucionalização do poder aponta para a diferenciação do sistema jurídico e do sistema político (a expressão Estado de Direito postularia esta diferenciação). Parece indiscutível que estas diferenciações funcionais parecem favorecer as traves mestras da “sociedade mundial” (“globalização”, “mundialização”). A pretensão da universalidade deste modelo diferenciador, estruturado em sistemas funcionais autónomos que apenas se irritam reciprocamente, não pode invocar, na realidade, um valor e validade universais. Como Niklas Luhmann virá a reconhecer, existem regiões em que as premissas de diferenciação de sistemas sociais só em medida muito limitada se verificam. E cita mesmo o caso do Brasil para ilustrar que a evolução liberal do Estado Constitucional se realizou aqui em termos largamente simbólicos. Pior do que isso: o Estado tornou-se, nalgumas épocas, instrumento de uma elite governante (militar, económica) que dirigiu “inconstitucionalmente” a Sociedade<sup>23</sup>. A articulação da Constituição-ambiente (mundo que cerca a Constituição) implicará, possivelmente, nestes casos, uma politicização fundamental própria das constituições dirigentes que, entre outras coisas, pretenderá restabelecer um quadro político de visibilidade, transparência e imputação e responsabilidade para as decisões políticas colectivamente vinculantes. E onde não há (ainda) diferenciação de sistemas, a política da sociedade dificilmente se poderá limitar a decisões políticas quimicamente puras.

## § 8º

### Estado pós-moderno

e

### Constituição sem sujeito

Outra das perplexidades que o reexame da Constituição dirigente tem suscitado reencontra-se na problemática do sujeito. Uma boa parte dos nossos interlocutores não compreende o que significa a **perda do sujeito** na nova problematização do dirigismo constitucional. Uma vez, entende-se que o discurso está enfeudado aos **esquemas autoreferenciais** da sociedade sem centro. Outras vezes, sugere-se a influência do **antimodernismo político**. Por fim, pretende-se detectar na “perda da fé” no dirigismo a aproximação à **religião pós-moderna**. Vamos explicitar melhor as nossas crises e tentar compreender as críticas.

## 1. Constituição dirigente e metanarrativas

---

<sup>23</sup> Cfr. Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt – M, 2002, p. 428. Nesta obra póstuma, Luhmann socorre-se, precisamente, das teses de um profundo conhecedor da modernidade periférica. Vide Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität der Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung einer Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, 1992.

Todos sabem o que François Lyotard escreveu no célebre livro **A Condição Pós-Moderna**. Aqui e perante este auditório crítico interessa talvez pôr em relevo a sua concepção de **metanarrativas**. Trata-se das grandes receitas omnicompreensivas e totalizantes que conferem à história um significado certo e unívoco. Elas transportam a emancipação da humanidade e dão sentido à vida dos homens. A grande récita judaico-cristã promete a **ressurreição** e a **salvação**. A metanarrativa iluminista e positivista acena com o progresso. A grande metanarração marxista vislumbra a desalienação do homem através da ditadura do proletariado. As filosofias historicistas, no seu conjunto, acreditam num sentido irreversível da história.

Sujeitas a suspensões reflexivas cientificamente intersubjectivas, verifica-se que as grandes récitas explicam pouco e prometem muito. Mais grave do que isso é terem forjado **paradigmas de legitimação** rotundamente subvertidos. É o caso da legitimação através da justiça social reconduzida, ao fim e ao cabo, à “lógica da melhor prestação social”, ela própria implementadora do momento quantitativo das dimensões prestacionais do sistema político.

É neste contexto que as Constituições – e sobretudo as constituições dirigentes – se arrogam à categoria de grande récita. No fundo, assumem-se como uma metanarratividade de convivência e transformação social. Perante a lógica da **sociedade técnica**, é forçoso verificar que pouco ou nada as Constituições lhe podem opor. As alavancas de Arquimedes deslocam o centro de apoio para esta mesma técnica, relegando a Constituição, deslegitimada como metanarração, para um simples esquema protocolar de procedimentos e organizações. A **tecnopolítica** assume a fundamentalidade perdida pela Constituição.

Temos afirmado que a Constituição Portuguesa, na versão originária de 1976, reivindicava textualmente a dimensão emancipatória das grandes récitas. Pretendia “abrir caminho para uma sociedade socialista” (Preâmbulo); impunha à República o empenhamento na “sua transformação numa sociedade sem classes” (art. 1º); atribuía ao Estado democrático o “objectivo de assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder das classes trabalhadoras” (art. 2º). No art. 10º (hoje suprimido) identificava os sujeitos encarregados de contar e realizar a grande récita: “a aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticos assegura o desenvolvimento pacífico do processo revolucionário”. Por sua vez, “o desenvolvimento do processo revolucionário impõe, no plano económico, a apropriação colectiva dos principais meios de produção”.

Compreender-se-á, assim, a relativização do dirigismo quando em certos escritos afirmámos que a “constituição dirigente morreu”. Entenda-se: morreu a “Constituição metanarrativa” da transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes. O **sujeito** capaz de contar a récita e empenhar-se nela também não existe (“aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticas”). O sentido da “morte” fica, pois, esclarecido. Só esta “morte” estava no alvo da nossa pontaria.

## 2. Constituição dirigente e antimodernismo político

Uma acusação que manifestamente rejeitamos é a de associar a crise da nossa “crença dirigente” ao movimento do antimodernismo político. Pelo contrário: continuamos a reivindicar a nossa formação moderna. Expliquemos melhor este ponto. Creio no optimismo dos modernos quanto ao projecto de fazer de homem o dono do seu destino e, desde logo, dos seus actos. Se a antropologia optimista ainda hoje está subjacente à ideia de Constituição, então continua irreduzível a modernidade como filosofia do constitucionalismo. É certo que o projecto dos modernos andou muitas vezes aliado a “tentações ... do domínio da terra e da natureza”. A “viragem ecológica” mostra bem os limites do processo de emancipação do sujeito moderno. No entanto, o antimodernismo político, tal como ele vem sendo alicerçado desde Nietzsche e Heidegger assenta em vários questionamentos. Em primeiro lugar, contesta a afirmação do indivíduo como valor através do qual se cumpre o processo da modernidade. Em segundo lugar, assinala a lógica despersonalizadora do individualismo bem expressa na sociedade de consumo. Em terceiro lugar, o individualismo democrático conduz, no âmbito político, à canonização vulgar do estado de coisas existente, continuando por outros meios a ideia emancipatória. Ontem, a récita era a do progresso e da sociedade igualitária. Hoje, a grande história é a da “.... de igualdade de condições”. Estamos a ver as raízes, mas este não é o lugar adequado para descobrir o húmus em que se enterram. Ao menos, tentemos descobrir algumas raízes: crítica nitzscheana da democracia, desconstrução heideggeriana da modernidade política. Alguma da seiva destas raízes passou, é certo, para pensadores que em tempos marcaram a nossa formação (Foucault, Bourdieu). A concepção do direito como “vontade de eternizar o equilíbrio do poder presente” (Nietzsche) passa para a “microfísica do poder” centrada numa ultrapassagem da análise do poder em termos de direito. Aparece também aqui a crítica do sujeito. Nestes termos, explicitado por Foucault: “a teoria da soberania constituía um ciclo, o **ciclo do sujeito ao sujeito**. O sujeito entendido como indivíduo dotado de direitos e capacidades naturais deve tornar-se sujeito, mas desta vez “sujeito” a uma relação de poder<sup>24</sup>. No plano jurídico-constitucional as consequências desta perspectiva há muito foram salientadas. Desvaloriza-se o sistema de direito e o Estado de Direito constitucional. A dessacralização do Estado de Direito e dos seus valores aí está: a concepção legalista do poder não vale mais que a concepção repressiva.

Não acompanhamos esta compreensão do ciclo do sujeito e do sistema do direito. No fundo, o sistema do direito não será outra coisa ou não será mais do que um modo do exercício da violência.

Quando afivelamos a máscara de “moderno” isso significa que a compreensão do Estado Constitucional que temos em mente é ainda a **compreensão humanista** do Estado de direito e não a **óptica vitalista** do poder. Compreende-se que as teses vitalistas da “morte do homem” considerem a “vida como resistência ao poder quando o poder toma por objecto a vida” (J. Deleuze). Nós preferimos que o direito – e desde logo o direito constitucional – continue a fornecer instrumentos democráticos para impedir que a dignidade da pessoa seja pervertida, degradando o homem em objecto. É ainda o sujeito da modernidade o actor do humanismo.

---

<sup>24</sup> Cfr., por todos, Michel Foucault, *La Volonté du Savoir*, P. 107 e ss.

### 3. A constituição dirigente e a teoria dos sistemas autoreferenciais

Enfrentemos agora a terceira crítica. A relativização da constituição dirigente anda a par com a aceitação dos postulados da **teoria dos sistemas autoreferenciais** (Niklas Luhmann, Gunther Teubner, Helmuth Wilke). É verdade que algumas das análises desenvolvidas sob a perspectiva autopoietica têm lançado sérios golpes à nossa postura moderna, humanista e normativista.

Penso ser conhecida a tese fundamental do corifeu da autopoiesis: uma sociedade funcionalmente diferenciada em sistemas (político, económico, religioso, científico) não dispõe de qualquer **centro**. É uma sociedade sem centro e sem **topo** hierárquico. Ora onde não há topo nem centro também não pode haver uma supraordenação do Estado sobre as forças da sociedade nem qualquer direcção política imperativamente conformadora de fins. O sistema político não é uma central de direcção política. Mais: o sistema político autodirige-se a si próprio. Não pode estender a “direcção política” a outros sistemas da sociedade. Nesta perspectiva compreender-se-ão as dificuldades da constituição dirigente. Se a Constituição dirigente ainda se apoia no Estado e se a direcção política estatal constitucionalmente conformada pretende irradiar para os chamados subsistemas (económico, científico), é fácil de ver que ela não terá aceitação ou cabimento na teoria sistémica. O velho esquema sujeito-objeto depara com três dificuldades: (1) não há sujeito de direcção da sociedade; (2) é irrealista um sistema de direcção política concebido como processo causal no sentido de intenção e resultado; (3) é insustentável numa sociedade diferenciada afirmar que há projectos de bem comum da sociedade, reconhecidos e programados através de uma política iluminista.

Muitas das observações atrás sumariamente referidas parecem-nos, como já afirmámos, merecedoras de análise profunda e atenta. Elas justificaram a nossa afirmação de que o direito constitucional passou de disciplina **dirigente** a disciplina **dirigida**. Mas o que é que nos separa das teses autopoieticas? Desde logo – e isto é decisivo – continuamos defensores das **teorias accionalistas** da política e da possibilidade de direcção do Estado. O “pessimismo dirigente” radica, em nós, na observação de que a direcção passou hoje para outras “instâncias actuantes” (organizações, esquemas neocorporativos). Mas o sujeito não desapareceu. Mesmo na perspectiva de uma comunidade de sistemas existem sistemas actuantes sob a forma de actores corporativos e colectivos, como grupos, movimentos sociais e, sobretudo, as organizações ...

Por outro lado, uma perspectiva sistémica autoreferencial deixa por resolver dois problemas que nos parecem decisivos. Mesmo que procedamos a **descentração** do Estado a partir do meio da sociedade e à sua **recentração** no meio do sistema político, colocam-se sempre dois problemas: (1) a tomada de decisões colectivamente vinculantes (não imposições de “decisões socialmente vinculativas”); (2) a legitimação para a tomada de decisões colectivas. Colocada a questão neste contexto, dir-se-á que a autoevolução “sem sujeito” da sociedade exigirá, quando muito, a transformação do Estado. De “Estado heróico” intervencionista passar-se-ia a “Estado pós-heróico” supervisor. Poderá também falar-se da transformação de uma “Constituição dirigente heróica” numa “**Constituição**